

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 15 novembre 2021

Composition : Mme PASCHE, présidente
Mme Dessaux et M. Piguet, juges
Greffière : Mme Lopez

Cause pendante entre :

D. _____, à [...], recourante, représentée par Me Laurence Kunz, avocate à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE VAUDOISE DE COMPENSATION AVS, à Vevey, intimée.

Art. 11 al. 1 LAPG ; art. 7 al. 1 RAPG ; art. 2 al. 3bis et art. 5 al. 2 ordonnance sur les pertes de gain COVID-19

E n f a i t :

A. D._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) exerce l'activité indépendante de logopédiste.

Le 27 août 2020, elle a déposé auprès de la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (ci-après : la Caisse ou l'intimée) une demande d'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus, en mentionnant avoir subi une perte de gain du 17 mars au 27 avril 2020.

Par décision du 1^{er} septembre 2020, la Caisse a refusé la demande de l'assurée au motif que sa profession n'était pas interdite par l'art. 6 de l'ordonnance 2 COVID-19 (ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus ; RS 818.101.24 ; abrogée au 22 juin 2020 [RO 2020 2205]) et que son revenu soumis à cotisation en 2019 ne se situait pas entre 10'000 fr. et 90'000 francs.

Dans un courriel du 3 septembre 2020, l'assurée a écrit à la Caisse qu'elle remplissait les conditions d'octroi d'une allocation pour perte de gain en cas de coronavirus. Elle a précisé que les traitements non indispensables avaient été interdits en présentiel et qu'il ne lui avait pas été possible de faire de la téléthérapie avec tous les enfants, de sorte que les rendez-vous avaient été réduits de moitié. Elle a ajouté que son revenu se situait dans la tranche entre 10'000 fr. et 90'000 francs. Elle a annexé à son courriel sa déclaration d'impôt pour l'année 2019 faisant état d'un revenu annuel de 76'652 francs.

Par courriel du 9 septembre 2020, la Caisse a répondu en substance qu'elle s'était basée sur le revenu déterminant pour la fixation des acomptes 2019, soit 110'00 fr., et qu'elle pourrait prendre en compte le revenu déterminant issu de la taxation fiscale définitive pour 2019 pour autant qu'elle lui soit transmise avant le 16 septembre 2020.

Dans un courriel du 10 septembre 2020, Z._____ Sàrl, déclarant agir pour le compte de l'assurée, a informé la Caisse que le

boucllement des comptes annuels 2019 révélait un résultat de 87'413 fr. et qu'il était inimaginable qu'une décision de taxation définitive soit rendue avant le 16 septembre 2020, compte tenu des délais de traitement des dossiers par les autorités fiscales.

Le 16 septembre 2020, la Caisse a répondu qu'elle ne pouvait pas prendre en compte le bilan et le compte d'exploitation 2019, mais uniquement la taxation fiscale définitive dont le délai de production était fixé au 16 septembre 2020.

Dans un courrier du 1^{er} octobre 2020, l'assurée a fait opposition contre la décision du 1^{er} septembre 2020 de la Caisse.

Par décision sur opposition du 8 octobre 2020, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assurée et confirmé sa décision du 1^{er} septembre 2020.

B. Par acte du 11 novembre 2020, D._____, représentée par Me Laurence Kunz, a recouru contre la décision sur opposition précitée auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant principalement à son annulation, à la reconnaissance de son droit à l'allocation perte de gain Covid-19 et à l'octroi de telles prestations, et, subsidiairement, au renvoi du dossier à la Caisse pour qu'elle statue dans le sens des considérants. Elle a fait valoir qu'elle avait été contrainte de fermer son cabinet de logopédie, et qu'elle avait été quoi qu'il en soit contrainte de renoncer à exercer en présentiel afin de respecter les règles sanitaires. Elle a en outre reproché à la Caisse de s'être fondée sur un revenu ne reflétant pas sa situation réelle et d'avoir refusé de lui accorder un délai pour transmettre la décision de taxation fiscale pour l'année 2019, qu'elle ne pouvait pas encore produire pour des raisons indépendantes de sa volonté puisque l'autorité fiscale n'avait pas encore rendu la décision en question.

Dans sa réponse du 21 janvier 2021, la Caisse a conclu au rejet du recours. Elle a maintenu que l'activité de logopédiste, qui était

une profession de la santé, n'avait pas été interdite. Concernant la détermination du revenu déterminant pour l'octroi de l'allocation perte de gain, elle notamment relevé que la Circulaire de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ci-après : la CCPG) prévoyait que les Caisses AVS devaient se baser sur la décision de cotisation pour l'année 2019 valable au moment de la demande de prestations et que la décision de taxation fiscale 2019 pouvait être utilisée pour autant qu'elle soit transmise à la Caisse jusqu'au 16 septembre 2020. Elle a ajouté qu'un recours sur cette problématique était pendant auprès du Tribunal fédéral et a proposé de suspendre l'instruction jusqu'à ce que celui-ci rende sa décision.

Dans sa réplique du 22 mars 2021, la recourante a maintenu sa position et accepté que la cause soit suspendue. Elle a produit notamment un courriel du 16 mars 2020 du chef de l'Office de psychologie scolaire au sein du [...] mentionnant ce qui suit :

« Mesdames, Messieurs les logopédistes indépendant.e.s conventionné.e.s,
Le Conseil d'Etat a pris d'autres décisions ce week-end qui ont un impact sur de nombreux domaines dont celui des prestations de logopédie, PPLS et LIC.
Les consignes sont d'éviter tout contact direct entre personnes et de limiter les déplacements. Les prestations PPL ne sont pas prioritaires en cette période de pandémie pour un fonctionnement minimal de l'Etat. Les PPLS ont été conviés à rester à domicile.
Pour les LIC qui le peuvent et le souhaitent, le recours à des moyens de communication informatiques (skype) pour des séances logopédiques facturables est possible dans le cadre de cette situation exceptionnelle et selon les critères suivants [...] »

L'assurée a aussi produit un courriel du 19 mars 2020 de l'autorité précitée à l'attention des logopédistes indépendants conventionnés signalant notamment que « les consignes d'éviter tout contact direct entre logopédiste et enfants/familles (malgré les précautions d'hygiène) et de limiter les déplacements sont toujours valables » et que « le recours à des moyens de communication numériques (comme « skype ») pour des séances logopédiques facturables est possible ».

Par avis du 29 mars 2021, la juge instructrice a suspendu la cause jusqu'à droit connu sur le sort du recours déposé auprès du Tribunal fédéral, dans la mesure où la présente affaire semblait poser des questions juridiques similaires.

Par avis du 10 mai 2021, la juge instructrice a informé les parties de la reprise de l'instruction de la cause, à la suite de l'arrêt rendu le 9 mars 2021 par le Tribunal fédéral dans la cause 9C_752/2020.

Par détermination du 20 mai 2021, l'intimée a constaté que l'arrêt précité ne tranchait pas la question litigieuse sur le fond et a proposé d'attendre le résultat des débats parlementaires prévus sur ce point.

Dans ses déterminations du 1^{er} juillet 2021, la recourante a confirmé ses conclusions. Elle a produit sa décision de taxation pour l'année 2019, datée du 14 avril 2021, mentionnant un revenu provenant de l'activité indépendante principale de 76'652 fr. et un revenu net imposable de 68'036 francs.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable au régime des allocations pour perte de gain (art. 1 LAPG [loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité ; RS 834.1], art. 1 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 [ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus ; RS 830.31]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 et 58 LPGA), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le droit de la recourante à l'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus pour la période du 17 mars 2020 au 27 avril 2020, et en particulier sur la prise en compte de sa décision de taxation fiscale relative à l'année 2019 comme base de calcul pour la détermination du droit à l'allocation.

3. a) Selon l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, ont droit à l'allocation perte de gain les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'art. 12 LPGA qui subissent une perte de gain en raison d'une mesure prévue à l'art. 6 al. 1 et 2 de l'ordonnance 2 COVID-19. L'art. 6 de l'ordonnance 2 COVID-19, entrée en vigueur le 17 mars 2020, prévoyait notamment qu'il était interdit d'organiser des manifestations publiques ou privées (al. 1), et que les établissements publics étaient fermés (al. 2). Selon l'art. 6 al. 3 let. m de l'ordonnance 2 COVID-19, l'al. 2 ne s'applique pas aux établissements de santé, tels qu'hôpitaux, cliniques et cabinets médicaux ainsi que cabinets et établissements gérés par des professionnels de la santé au sens du droit fédéral et cantonal.

b) Visant les « cas de rigueur », l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (introduit le 19 juin 2020 avec effet rétroactif au 17 mars 2020 [RO 2020 2223]), prévoit que les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA, mais qui ne sont pas concernées par l'art. 2 al. 3, ont droit à l'allocation perte de gain si elles sont assurées obligatoirement au sens de la LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), si elles subissent une perte de gain en raison des mesures prises par le Conseil fédéral afin de lutter contre le coronavirus et

si leur revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 se situe entre 10'000 fr. et 90'000 francs.

c) L'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020) précise que pour déterminer le montant du revenu, l'art. 11 al. 1 LAPG s'applique par analogie. Après la fixation du montant de l'allocation, cette dernière ne peut faire l'objet d'un nouveau calcul que si une taxation fiscale plus récente est envoyée à l'ayant droit d'ici au 16 septembre 2020 et que celui-ci dépose une demande de nouveau calcul d'ici à cette date.

d) Conformément à l'art. 11 al. 1 LAPG, le revenu moyen acquis avant l'entrée en service est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la LAVS. Le Conseil fédéral édicte des dispositions relatives au calcul de l'allocation et fait établir par l'Office fédéral des assurances sociales des tables dont l'usage est obligatoire et dont les montants sont arrondis à l'avantage de l'ayant droit.

e) En vertu de l'art. 7 al. 1 RAPG (règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain ; RS 834.11), l'allocation est calculée, pour les personnes exerçant une activité indépendante, d'après le revenu, converti en revenu moyen, qui a servi de base à la dernière décision de cotisations à l'AVS rendue avant l'entrée en service. L'allocation est ajustée sur demande si, par la suite, une nouvelle décision de cotisation est prise pour l'année pendant laquelle le service a été accompli.

f) D'après le ch. 1041.3 de la CCPG (état au 3 juillet 2020), il y a lieu de se référer en principe, pour déterminer si le revenu est situé dans les limites indiquées (entre 10'000 et 90'000 fr.), au revenu de l'activité lucrative qui est retenu pour le décompte des cotisations 2019 (acomptes de cotisation).

Selon le ch. 1065 de la CCPG, la base de calcul de l'indemnité pour les indépendants correspond en principe au revenu réalisé en 2019.

Pour ce faire, c'est le revenu retenu pour le décompte des cotisations 2019 (acomptes de cotisation) qui est déterminant. Par contre, si, au moment où l'indemnité est déterminée, la taxation fiscale définitive pour 2019 est déjà disponible, celle-ci doit être prise comme base de calcul.

Le ch. 1065.1 de la CCPG précise que lorsque l'indemnité a été fixée sur la base des revenus utilisés pour les acomptes de cotisation 2019 et que ceux-ci n'ont pas été adaptés depuis la dernière décision définitive de cotisation, les revenus de la dernière décision définitive de cotisation doivent être pris en compte sur demande du bénéficiaire. Si, au moment de la demande, la taxation fiscale pour 2019 est déjà disponible, c'est celle-ci qui doit être prise en compte. La demande de nouveau calcul, respectivement de révision ou de reconsidération doit être adressée à la caisse de compensation au plus tard le 16 septembre 2020.

4. a) L'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 constitue un acte normatif que le Conseil fédéral a adopté en début de pandémie de coronavirus en se fondant sur l'art. 185 al. 3 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101). Le Tribunal fédéral, ainsi que les autres autorités, peuvent en revoir la constitutionnalité à titre préjudiciel (ATF 132 I 229 consid. 9-11 ; 125 II 326 consid. 3) et refuser de l'appliquer si elle viole les droits fondamentaux (ATF 141 I 20 consid. 4 et 132 I 229 consid. 10.1 et 11.2). Les ordonnances indépendantes se distinguent sous cet angle des ordonnances de substitution dites « dépendantes » que le Conseil fédéral adopte sur la base d'une délégation législative et qui peuvent profiter, dans certaines circonstances, de l'immunité constitutionnelle prévue à l'art. 190 Cst., dans la mesure où leur contenu est déterminé par une loi fédérale que le Tribunal fédéral ne peut en principe refuser d'appliquer (ATF 146 II 56 consid. 6.2.2 ; 141 II 169 consid. 3.4 ; TF 2D_32/2020 du 24 mars 2021 consid. 1.5, prévu pour publication).

b) Les directives émises par l'OFAS ne créent pas de nouvelles règles de droit mais sont destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, en visant à unifier, voire à codifier la pratique des

organes d'exécution. Elles ont notamment pour but d'établir des critères généraux, d'après lesquels sera tranché chaque cas d'espèce, cela aussi bien dans l'intérêt de la praticabilité que pour assurer une égalité de traitement des ayants droit. Selon la jurisprudence, ces directives n'ont d'effet qu'à l'égard de l'administration dont elles donnent le point de vue sur l'application d'une règle de droit et non pas une interprétation contraignante de celle-ci. Cela ne signifie toutefois pas que le juge ne doive pas en tenir compte. Au contraire, il doit les prendre en considération lors de sa décision, lorsqu'elles offrent une interprétation satisfaisante des dispositions légales applicables et adaptée au cas d'espèce. Il ne s'en écarte que dans la mesure où les directives établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (ATF 145 V 84 consid. 6.1.1 et les références).

5. Il y a tout d'abord lieu de relever que c'est à juste titre que l'intimée a examiné le droit à l'allocation sous l'angle de l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19. En effet, la fermeture des établissements publics ordonnée en vertu de l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19 ne s'appliquait pas aux établissements de santé, tels que cabinets et établissements gérés par des professionnels de la santé au sens du droit fédéral et cantonal (art. 6 al. 3 let. m de l'ordonnance 2 COVID-19). Or, l'activité de logopédiste est bien une profession de la santé (art. 2 du règlement vaudois du 26 janvier 2011 sur l'exercice des professions de la santé [REPS ; BLV 811.01.1]). Les pièces produites par la recourante confirment d'ailleurs que les cabinets de logopédistes n'étaient pas visés par l'obligation de fermeture, même si leurs activités étaient certes soumises à des restrictions. Il ressort au demeurant des premières déclarations de la recourante du 3 septembre 2020 qu'elle avait pu continuer à travailler, mais que ses rendez-vous avec les patients avaient été réduits de moitié.

6. a) Dans la décision attaquée, l'intimée a appliqué strictement les directives de l'OFAS et s'est fondée, pour déterminer le montant du revenu moyen de l'activité lucrative, sur la décision d'acompte du 29 avril 2019 qui fait mention d'un revenu de 110'000 fr., estimant qu'elle n'était

pas autorisée à se fonder sur une décision de taxation fiscale reçue après le 16 septembre 2020.

b) La recourante a fait valoir que le revenu moyen de l'activité lucrative devait être fixé sur la base du revenu qu'elle a effectivement réalisé en 2019, soit 68'500 fr. selon la décision de taxation fiscale pour l'année 2019, ce qui lui donnait le droit à l'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus.

c) La Cour de céans a déjà été amenée à se prononcer sur la problématique de la prise en considération de la décision définitive de taxation pour l'année fiscale 2019 en vue de la détermination du revenu à prendre en compte pour le calcul de l'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus et a considéré ce qui suit (notamment CASSO APG 42/20 - 12/2021 du 17 mai 2021 consid. 6 ; APG 32/20 - 15/2021 du 27 septembre 2021 consid. 6c) :

aa) Selon la jurisprudence, une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 145 I 173 consid. 5.1 ; 142 I 195 consid. 6.1 ; 141 I 235 consid. 7.1 et les références citées).

bb) En édictant l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, le Conseil fédéral a posé le principe que la base de calcul de l'allocation pour les indépendants devait correspondre en principe au revenu réalisé en 2019. En limitant dans le temps la possibilité de se prévaloir de la décision définitive de taxation pour 2019 pour fixer le montant du revenu

moyen de l'activité lucrative déterminant pour le calcul de l'allocation, l'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ainsi que le ch. 1065.1 de la CCPG sont manifestement contraires au principe de l'égalité de traitement, tel qu'il est consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. En effet, la faculté pour la personne exerçant une activité indépendante qui requiert le versement de l'allocation pour perte de gain en lien avec le coronavirus de se prévaloir de la décision définitive de taxation pour 2019 dépend d'un facteur purement aléatoire, à savoir la célérité mise par les autorités fiscales pour établir ladite taxation. La personne concernée n'a toutefois aucune prise sur la procédure de taxation car elle ne dispose d'aucun moyen pour contraindre les autorités fiscales à rendre une décision de taxation dans un délai précis. De fait, l'introduction d'une limite temporelle au 16 septembre 2020 pour la production de la décision définitive de taxation pour 2019 - laquelle constitue d'ailleurs une dérogation au régime général des allocations pour perte de gain (cf. art. 7 al. 1 RAPG) - revient à privilégier, arbitrairement et sans motif légitime, les personnes dont le dossier a été traité par les autorités fiscales avant cette date par rapport à celles dont la taxation n'a été entreprise que postérieurement. La crainte d'une éventuelle surcharge de l'autorité administrative liée aux demandes de réexamen des décisions d'allocation afin de tenir compte des décisions définitives de taxation pour 2019 ne saurait justifier une violation de ce principe fondamental de l'Etat de droit qu'est l'égalité de traitement.

cc) Aussi faut-il retenir que la limitation dans le temps de la possibilité de se prévaloir de la décision définitive de taxation pour 2019 ne repose sur aucun motif sérieux et objectif et est, partant, contraire au principe de l'égalité de traitement.

7. a) Au vu de ce qui précède, le recours, bien fondé, doit être admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour qu'elle fixe le montant de l'allocation pour perte de gain en lien avec le coronavirus auquel la recourante peut prétendre en tenant compte de la décision définitive de taxation pour 2019.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, applicable conformément à l'art. 82a LPGA).

c) Vu le sort de ses conclusions, la recourante a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 1'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rendue le 8 octobre 2020 par la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS est annulée, la cause lui étant renvoyée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

- IV.** La Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS versera à D. _____ une indemnité de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Laurence Kunz (pour la recourante),
- Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS,
- Office fédéral des assurances sociales,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le

Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :